

La Revue  
des Droits  
de l'Homme

## La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les  
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2014

---

# Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne

Gestation pour autrui (CJUE)

Stéphanie Hennette Vauchez

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/653>

DOI : 10.4000/revdh.653

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Stéphanie Hennette Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 mai 2014, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/653> ; DOI : 10.4000/revdh.653

---

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne

Gestation pour autrui (CJUE)

Stéphanie Hennette Vauchez

---

- 1 La gestation pour autrui à la Cour de Justice de l'Union Européenne ? Improbable évolution que celle qui voit le plateau de Kirchberg devenir l'une des scènes juridiques sur lesquelles se dénouent certains des plus poignants drames éthiques contemporains. Qui aurait pu prévoir, en effet, que le juge du marché serait ainsi amené à trancher des questions de bioéthique – celui-là même qui, en 1957, se voyait confier un office tout entier orienté autour de la construction d'un marché intérieur, bien loin des questions de droits fondamentaux auxquelles il ne s'intéressera que bien plus tard, et pour des raisons partiellement étrangères aux droits fondamentaux eux-mêmes<sup>1</sup>. Et pourtant : depuis un retentissant arrêt de 1991 relatif à l'avortement<sup>2</sup>, la Cour de Justice de l'Union Européenne a multiplié les interventions dans ce domaine : prostitution<sup>3</sup>, assistance médicale à la reproduction<sup>4</sup>, statut juridique de l'embryon<sup>5</sup>, et désormais, gestation pour autrui<sup>6</sup> – faisant écho, de manière plus générale, à la montée en puissance de la biomédecine dans le droit de l'Union Européenne (directives, politique de la recherche, résolutions du Parlement européen, interventions du GEE...)<sup>7</sup>.
- 2 Différents facteurs méritent d'être pris en compte dans l'explication de cette percée étonnante de la bioéthique en droit de l'Union – parmi lesquels : l'économie propre de la circulation des éléments et produits du corps humain<sup>8</sup>, le rôle des concepts fondamentaux – et notamment, les libertés de circulation<sup>9</sup> – sur lesquels l'ordre juridique de l'Union s'est construit, un certain rapport de la Cour à l'intégration et à la détermination de la ligne de partage entre l'échelon européen et l'échelon national<sup>10</sup>, la nécessité de penser à nouveaux frais l'opposition binaire entre « droits de l'Homme » et « marché »<sup>11</sup>... La tâche qu'on s'assigne ici est bien plus modeste : rendre compte de deux arrêts rendus par la

Cour le 18 mars 2014, par lesquels elle juge que la femme qui devient mère suite à une convention de gestation pour autrui ne saurait prétendre à un congé maternité – lequel n'existe, au terme des directives 92/85 et 2006/54 qu'au bénéfice de la travailleuse « ayant été enceinte ou accouché »<sup>12</sup>. Le contexte importe toutefois, et on entend en dire quelques mots introductifs.

## La GPA à Luxembourg ? Pourquoi, comment ?

- 3 On ne saurait s'étonner du fait que la question de la gestation pour autrui se soit présentée à Luxembourg ; il ne s'agit là que d'une manifestation supplémentaire de ce que la globalisation signifie réellement – et l'on ne songe pas ici à la globalisation du droit mais, bien plutôt, à celle de la médecine, et plus particulièrement encore de la biomédecine, qui voit aujourd'hui les éléments et produits du corps humain d'une part, et les services reproductifs d'autre part, circuler. Ils circulent en Europe, mais aussi à l'échelle globale<sup>13</sup> et cette circulation est, le cas échéant, encouragée par l'intégration des ordres juridiques au sein desquels il existe des libertés de circulation<sup>14</sup> (notamment, des personnes et des services). On peut, bien sûr, regretter le caractère oblique qui marque la manière dont sont posées les questions de principe lorsqu'elles ont pour cadre de formulation « le marché » plutôt que « les droits de l'Homme »<sup>15</sup>. Car la Cour de Justice ne répond pas, en effet, à la question de savoir si l'avortement contredit le droit à la vie du fœtus, ou si la prostitution est dégradante, ou même si l'AMP est une bonne chose. En revanche, elle qualifie l'interruption de grossesse de 'service' au sens du droit de l'Union, les prostituées de travailleuses « indépendantes » au sens de l'ancien article 43 du traité CE<sup>16</sup> et le licenciement lié à l'implication de la travailleuse dans un protocole d'AMP de discrimination de genre. Pour ce faire, à chaque fois, elle déclare mettre de côté les arguments de type « moral »<sup>17</sup>, pour ne se concentrer, dit-elle, que sur l'analyse juridique. Et quand elle s'éloigne de cette feuille de route, elle crée la surprise<sup>18</sup>.
- 4 Faut-il déplorer ce registre plus pragmatique qu'axiologique que privilégie le juge européen ? Il faut, d'abord, ne pas s'y tromper : le juge peut bien revendiquer un raisonnement juridique qui fait l'économie de toute référence à la morale, il n'en déploie pas pour autant un discours neutre du point de vue des valeurs<sup>19</sup>. Il faut, ensuite, expliquer ; car en effet, le juge supranational (ici, européen) se trouve placé dans une situation bien particulière qui l'amène à forger des solutions uniformes sur les questions où les Etats ne se contentent pas d'affirmer la nécessité du pluralisme sur des sujets sensibles, mais déploient des efforts éminemment actifs de réaffirmation de leur souveraineté nationale<sup>20</sup>. On peut bien, dès lors, affirmer la désirabilité de choix normatifs de principe ; il n'en reste pas moins que le juge européen n'est probablement pas le mieux placé pour ce faire<sup>21</sup>. Alors bien sûr, l'argument du « fait accompli » n'est pas satisfaisant<sup>22</sup> ; mais on veut croire qu'entre la résignation fataliste à entériner tout ce qui est de l'ordre du possible sans distinction, et la constance qui confine au bégaiement (il n'est qu'à lire à la suite les arrêts rendus par la Cour de cassation en 1991, 2011 et 2013<sup>23</sup> sur la question de la filiation des enfants nés par GPA, pour se persuader de ce que c'est bien l'impression que l'on a), il existe une voie médiane...

## Les arrêts du 18 mars 2014

- 5 Voici, en tout état de cause, la manière dont les litiges auxquels on s'intéresse ici ont vu le jour : les affaires 167-12 et 363-12 ont été inscrites au rôle de la CJUE après que des juridictions du travail, en Angleterre (où la GPA non commerciale est légale depuis 1985<sup>24</sup>) et en Irlande (où le droit est muet sur la GPA –ni prohibée, ni autorisée ou régulée), aient saisi le juge européen de questions préjudicielles tendant à déterminer, d'une part, si une femme (travailleuse) devenant mère suite à une convention de GPA peut revendiquer le bénéfice de protections garanties par le droit de l'Union aux travailleuses « enceintes, accouchées, allaitantes » (directive 92/85) et, d'autre part, si une femme devenant mère suite à une convention de GPA subit une discrimination contraire au droit de l'Union, fondée notamment sur le sexe, lorsqu'un congé comparable au congé maternité et/ou d'adoption lui est refusé. Sur les deux points, la Cour a rendu une réponse négative. Mais par-delà le résultat, le raisonnement employé mérite d'être décortiqué, qui révèle une construction très particulière de la notion juridique de maternité, entièrement rabattue sur le corps de la femme, et amène à se poser des questions sur la valeur réellement protégée par le droit (ici, le droit de l'Union) : le congé maternité protège-t-il, en dernier ressort, le corps des femmes ou le rôle social de parent ? On souhaite donc interroger ces arrêts en soulignant, d'abord, la mesure dans laquelle ils participent de l'élaboration d'une conception singulièrement corporalisée, et en fait, « naturalisée », de la catégorie juridique « maternité » et en interrogeant, ensuite, les raisons de la différence entre le raisonnement tenu ici par la Cour et celui qu'elle avait pu développer dans d'autres affaires, où elle avait au contraire semblé faire son affaire de l'extraordinaire plasticité des catégories juridiques –et notamment de celles en cause ici : maternité, travailleuse enceinte ou allaitante. De ce point de vue, en effet, les arrêts de mars 2014 marquent à n'en pas douter un net coup d'arrêt ; mais de quelle portée ? La Cour revient-elle sur sa conception antérieure de la maternité, ou ne le fait-elle que pour autant que sont ici en cause des conventions de gestation pour autrui ? Y aurait-il deux poids, et deux mesures ? Les arrêts du 18 mars 2014 peuvent-ils être lus comme une entreprise de « moralisation » de la maternité qui passerait par le fait de refuser le bénéfice de protections sociales afférentes à certaines des formes contemporaines que peut prendre la création des familles<sup>25</sup>, et non à d'autres ?

## I – La maternité en droit de l'Union : un état du corps féminin

- 6 C'est l'affaire 167/12, opportunément inscrite au rôle de la Cour juste avant l'affaire 363/12 (de sorte que la Cour se repose, dans ce dernier arrêt, sur ce qu'elle a jugé quelques heures plus tôt), qui tranche, par la négative, le problème de savoir si la femme qui devient mère par voie de GPA peut être considérée comme bénéficiaire des protections accordées par la directive 92/85 aux travailleuses « enceintes, accouchées, allaitantes ». Ce qui nous semble devoir être plus particulièrement souligné, c'est la manière dont la Cour fait émerger, de par son interprétation du texte, une construction très stéréotypée de la maternité – tout entière articulée autour des notions de vulnérabilité, à la fois physique (l'état de grossesse) et psychologique (spécificité du lien mère-enfant) des femmes (A). Ce faisant, son raisonnement soulève nombre de questions,

à la fois au plan théorique (nature et artifice dans le droit de l'Assistance Médicale à la Procréation – AMP) et au regard de sa jurisprudence passée (B).

## A – La maternité comme vulnérabilité physique et psychologique

- 7 Il est indubitable que la directive 92/85 évoque (14<sup>e</sup> considérant) la « vulnérabilité » particulière de la travailleuse « enceinte, accouchée ou allaitante ». Dans l'arrêt 167/12, la Cour prend appui sur ce point de départ pour construire la travailleuse « *enceinte, accouchée ou allaitante* » comme triplement vulnérable : du fait du changement dans ses conditions d'existence, du fait de son engagement physique dans le fait devenir mère, et du fait de son engagement psychologique. Les paragraphes 32 et suivants de l'arrêt sont éclairants : « le législateur de l'Union a ainsi estimé que les modifications essentielles dans les conditions d'existence des intéressées pendant la période limitée d'au moins quatorze semaines qui précède et suit l'accouchement constituaient un motif légitime de suspendre l'exercice de leur activité professionnelle, sans que la légitimité de ce motif puisse être remise en cause », car en effet « la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante se trouve dans une situation spécifique de vulnérabilité qui nécessite qu'un droit à un congé de maternité lui soit accordé ». La Cour précise en outre que « ce congé de maternité dont bénéficie la travailleuse vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement » : c'est bien la double vulnérabilité, physique et psychologique, de la mère qui constitue l'horizon normatif, la raison d'être des dispositions en cause du droit de l'Union. De cette lecture des dispositions de la directive, il résulte que le congé maternité est à comprendre en lien avec une réalité physiologique, la grossesse, de sorte que « l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'article 8 de la directive 92/85 suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant ». La définition ainsi proposée par la Cour de la maternité implique donc nécessairement l'intervention du corps féminin ; le droit de l'Union se fait ici droit civil, faisant écho à l'adage *mater semper certa est*. La maternité est juridiquement définie comme une question corporelle.
- 8 On peut s'interroger à la fois sur les étapes de ce raisonnement et sur son aboutissement. La Cour commence donc, on l'a dit, par souligner la situation spécifique de vulnérabilité de la travailleuse « *enceinte, accouchée ou allaitante* ». On peut certainement ici trouver matière à s'interroger : les femmes enceintes, accouchées ou allaitantes sont-elles toujours et *ipso facto* vulnérables, ou est-ce seulement au regard de l'emploi qu'il s'agit de les considérer comme telles ? Et qu'est-ce, au fond, que la vulnérabilité<sup>26</sup> ? Est-elle appréciée par la personne elle-même, ou par autrui –et alors, qui ? La protection liée aux situations de vulnérabilité doit-elle être imposée ou proposée<sup>27</sup> ? Et pourquoi ne songer qu'à la vulnérabilité de la mère –et non à celle de l'enfant (qui est lui, indubitablement, dépendant de soins et d'attention provenant d'autrui) ? Autant de questions complexes qui, on le voit, sont ici ignorées par la Cour...
- 9 La Cour explique ensuite que c'est à la fois la protection biologique de la femme pendant la grossesse et le souci de favoriser des conditions favorables au développement d'un fort lien entre la mère et l'enfant après l'accouchement qui justifient les congés garantis par la directive. Là encore, on s'interroge : la notion juridique de maternité nécessite-t-elle le détour psychologisant par la référence aux « liens spécifiques » qui se tissent entre la mère et l'enfant ? Il faut prendre la mesure de tout ce qui est véhiculé par une telle

assertion. Elle implique en effet que c'est la spécificité de ces liens qui « fait » la mère ; mais *quid* alors, de celle qui ne ressent pas l'instinct maternel ?<sup>28</sup> Elle suppose encore que ces liens se tissent *spécifiquement* avec la mère ; mais *quid* alors, des pères ?<sup>29</sup> Elle sous-entend, enfin, que ces liens ne seraient tissés de manière privilégiée que par l'expérience de la grossesse ; mais *quid*, alors, de l'adoption ? D'autres interrogations pourraient encore, sans nul doute, venir enrichir cette litanie. Il faut néanmoins préciser que, si la Cour fait place à cette dimension psychologisante de la maternité, elle affirme néanmoins la primauté de la dimension physique. L'avocat général Nils Wahl, qui conclut dans l'affaire 363-12, précise ainsi que, même si elle est importante, la relation mère-enfant ne saurait, selon lui, être un objectif autonomisé de l'accouchement –qui est bien ici la condition fondamentale<sup>30</sup> d'applicabilité de la catégorie juridique de la maternité.

- 10 Plus prosaïquement, cette lecture du texte qui rabat la maternité sur la grossesse et l'accouchement permet ici à la Cour, dans l'une des deux affaires (167-12), de répondre à l'*Employment Tribunal Newcastle* que la mère allaitante n'a pas, pour ce seul motif, droit à la protection offerte par la directive. Il s'agit là d'une lecture indubitablement restrictive des contours de la catégorie de « travailleuse » au sens de la directive. La requérante était bien indubitablement une travailleuse – puisqu'elle avait un employeur. Elle était tout aussi indubitablement mère, puisqu'en application de l'article 54 de la loi HFEA de 2008, elle et son mari (« le couple commanditaire ») avaient obtenu une ordonnance les reconnaissant comme parents. Il n'était pas davantage contesté qu'elle avait allaité l'enfant né par GPA ; il est même relaté qu'elle a commencé à l'allaiter dès la première heure suivant sa naissance et ce, pendant trois mois. Il aurait donc été parfaitement possible de la reconnaître comme « travailleuse allaitante » au sens de la directive ; les conclusions prononcées par l'Avocate générale Julianne Kokott allaient d'ailleurs en ce sens<sup>31</sup>. Ce n'est pas le choix fait par la Cour qui conditionne, en amont, la reconnaissance de la qualité de « mère travailleuse » à la grossesse et l'accouchement – indépendamment du fait de savoir s'il y a allaitement ou non : la requérante n'a jamais été « elle-même enceinte de l'enfant » (§39) et donc ne saurait être considérée comme travailleuse au sens de la directive. L'employeur de la requérante, mais aussi le Royaume-Uni, le Royaume d'Espagne et la Commission, avaient tous fait valoir devant la Cour qu'au sens de la directive 92/85, les « travailleuses » auraient « toutes une caractéristique en commun, à savoir qu'elles ont elles-mêmes mis au monde un enfant. Il s'agit donc toujours de la mère biologique de l'enfant ». L'ensemble de ces acteurs considère ainsi que la directive ne saurait s'appliquer qu'au « cas normal de la maternité biologique ». Cette expression qui recourt, d'une part, au registre sémantique de la normalité et d'autre part à celui de la biologie est lourd de sens –et non dénué d'ambiguïtés. Eriger la « maternité biologique » en norme de la maternité à l'instant même où, précisément, apparaissent des modes de conception des enfants et de création des familles alternatifs revient bien à fermer le système juridique sur lui-même. La mère est celle qui accouche : l'adage est ici répété au nez et à la barbe des faits (les femmes qui accouchent sans vouloir être mères) et du droit (les femmes qui deviennent légalement mères (comme ici en Angleterre) sans avoir accouché). D'autant qu'on peut interroger : qu'est ce que la « maternité biologique » ? Il semble ici que la Cour renvoie à une notion de maternité physiologique (grossesse et accouchement) ; mais l'expression de maternité biologique pourrait, tout aussi bien, renvoyer à la maternité génétique (le fait d'avoir fourni les ovocytes à l'origine de la conception de l'enfant) ? D'où l'idée que l'invocation, en l'espèce, d'une normalité faillit ici, semble-t-il, à atteindre son but.

## B – Le droit de l'AMP entre nature et artifice<sup>32</sup> : mainly paradoxes to offer<sup>33</sup>

- 11 Ici comme ailleurs, la mise en formes juridiques de questions liées à la AMP est passionnante en ceci qu'elle permet de souligner le paradoxe qui veut que ces procréations *techniquement artificielles* semblent mener tendanciellement à une *renaturalisation juridique et politique* des représentations de la reproduction humaine. Ce phénomène mérite ici d'autant plus d'être souligné que jusqu'aux arrêts du 18 mars 2014, la Cour de Justice de l'Union Européenne avait semblé privilégier une lecture résolument artificialiste des catégories juridiques en cause.

### AMP et renaturalisation des catégories juridiques

- 12 Au plan des revendications politiques, on est ainsi frappé par la montée en puissance de la revendication d'un droit à la procréation génétique : que ce soit pour des raisons liées à l'infertilité, au célibat ou à l'orientation sexuelle, individus et groupes d'individus voient dans l'AMP quelque chose comme un droit devant leur être ouvert – comme un égalisateur universel face à la reproduction. Et c'est bien d'un droit à la reproduction qu'il s'agit – autrement dit, un droit qui ne pourrait, par hypothèse, se satisfaire de l'adoption ; c'est le droit « de devenir parent génétique »<sup>34</sup> qui est en cause. Comme le souligne Dorothy Roberts dans sa magistrale histoire de la dimension raciale des politiques affectant la reproduction humaine aux Etats-Unis de l'esclavage à l'époque contemporaine, les nouvelles techniques de reproduction « ont plus à voir avec le fait de permettre aux gens d'avoir des enfants avec lesquels ils ont la génétique en partage qu'avec le fait d'aider des personnes infertiles à avoir des enfants »<sup>35</sup>. Ce qui mène à s'interroger : ces techniques mèneraient-elles à la réinscription de la génétique au cœur et au fondement de nos communautés politiques, ou permettent-elles, au contraire, d'affirmer la liberté de l'individu vis à vis des déterminismes – de lui permettre d'opérer des choix libérés du destin et de la nécessité ? Et qu'est-ce, alors, que la justice reproductive<sup>36</sup> : s'agit-il du droit formel des un-es et des autres d'accéder à l'AMP pour certaines ou toutes les situations d'infertilité (médicale, sociale, culturelle<sup>37</sup>...) ? Ou s'agit-il d'un droit effectif à l'accès à l'AMP, y compris via la prise en charge socialisée des coûts afférents<sup>38</sup> ? On le voit, ce sont donc des mouvements et des interrogations de fond qui se donnent à voir sous la notion et la revendication des droits reproductifs et, plus encore, de la justice reproductive.
- 13 La seconde affaire jugée le 18 mars 2014 (l'affaire 363/12) apporte d'ailleurs de ce point de vue un éclairage intéressant, dès lors que la question de savoir si la mère commanditaire pouvait, ici, être assimilée à une personne handicapée au sens de la directive 2000/78 était envisagée. L'hypothèse est repoussée par le juge pour des motifs ayant trait au champ d'application de ladite directive : à supposer que le type d'infertilité ayant poussée la requérante à recourir à la GPA<sup>39</sup> puisse correspondre au handicap au sens de la directive<sup>40</sup>, il reste que celle-ci ne couvre que les situations de discrimination fondée sur le handicap dans le cadre de la vie professionnelle. Or la Cour a tôt fait de considérer qu'en toute hypothèse, le refus de l'employeur de la requérante de lui accorder un congé semblable à un congé maternité (notamment, un congé rémunéré) ne saurait être réputé compromettre ses perspectives de participation à sa vie professionnelle. La question de fond demeure toutefois, et il importe d'y réfléchir : dès lors, en effet, que les questions



d'AMP sont pensés en termes de droits et de justice reproductive, la question de savoir si une femme privée d'utérus voire, une femme seule ou un couple d'hommes, peuvent être considérés comme « handicapés » au regard de la procréation mérite d'être posée.

- 14 Demeure la question de fond : le développement de l'AMP aboutit-il, en fait, à renaturaliser la procréation ? La procréation se comprend-elle comme d'abord une question de biologie ? Plus encore : de quelle biologie parle-t-on ? Celle qui désigne la dimension physiologique de la procréation (grossesse), ou celle qui désigne sa dimension génétique (gamètes) ? Car les conséquences juridiques diffèrent. Indubitablement, le droit tient à marquer ses distances vis à vis d'une définition génétique de la procréation. Songeons ainsi à l'interdiction des actions en contestation de paternité qui accompagne, dans de nombreux pays, le consentement de l'homme infertile à l'insémination artificielle avec donneur<sup>41</sup> – ainsi que son corollaire, l'anonymat du donneur de gamètes<sup>42</sup> : ces mécanismes juridiques ont bien pour effet d'affirmer que la génétique (qui ne suffit pas à faire des « parents » juridiques).
- 15 Mais, dans le même temps, le droit n'a pas voulu couper tout lien avec la « nature » ; et il continue de faire produire des effets, pour cette raison, à la dimension physiologique de la procréation. La femme enceinte ne peut échapper à sa qualité de mère : est mère celle qui est enceinte et qui accouche, celle dont le corps procréé. Mater semper certa est ; ou plutôt : Mater semper mater est. L'AMP ne signerait pas, alors (loin de là !) le triomphe de la génétique. Au contraire, la génétique est ici battue en brèche par la physiologie : tout comme on refuse de considérer que la femme qui accouche n'est pas mère<sup>43</sup>, l'accouchement est nécessaire pour qu'une femme puisse revendiquer les protections garanties par la directive aux « travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes ». La génétique en revanche, n'est pas nécessaire ; elle ne suffit pas à faire la maternité<sup>44</sup>. La femme est onc prisonnière de son corps, en ce sens que si elle tombe enceinte, une compréhension physiologique de la maternité en fait nécessairement une mère ; tandis que pour ce qui concerne les hommes, le droit accepte que l'intention prenne le pas sur la génétique : le mari stérile est le père de l'enfant conçu par IAD car il en a (eu) l'intention ; même, le droit organise l'invisibilisation du donneur – celui grâce au sperme duquel l'enfant est conçu<sup>45</sup>.

### **Le paradoxe des arrêts de 2014 par rapport à la jurisprudence antérieure**

- 16 Si certains des paradoxes liés à l'improbable renaturalisation de la filiation qu'opère l'AMP ont déjà pu être soulevés à propos des réponses apportées par le droit civil à l'artificialisation des techniques de reproduction humaine, il était toutefois plus imprévisible que le droit de l'Union leur fasse ainsi écho. Et ce d'autant plus que différents arrêts antérieurs de la CJUE semblaient au contraire attester qu'elle privilégiait une conception tout à fait artificialiste – et en tous cas, non corporaliste – des catégories juridiques avec lesquelles il est amené à travailler : maternité, grossesse, allaitement, etc. Qu'on en juge.
- 17 Dans un arrêt de 2008, la Cour jugeait que Sabine Mayr, licenciée quelques jours après une FIV et quelques jours avant l'implantation des embryons ainsi obtenus, ne pouvait certes pas revendiquer la protection accordée par la directive 92/85 aux travailleuses enceintes, mais pouvait cependant valablement se plaindre d'une discrimination fondée sur le genre, dès lors que son licenciement pouvait être lu comme étant en lien avec la perspective future et/ou probable d'une grossesse<sup>46</sup>. Dans un arrêt de 2010, la même Cour



jugeait que le droit national (espagnol, en l'occurrence) ne saurait réserver aux femmes le congé réservé aux travailleuses allaitantes<sup>47</sup>. Explicitement, la Cour se rallie à l'opinion que le congé d'allaitement doit être compris comme « détaché du fait biologique de l'allaitement », et à comprendre comme « un simple temps d'attention à l'enfant et comme une mesure de conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle à l'issue du congé de maternité »<sup>48</sup>. De ce fait, le congé d'allaitement peut être accordé aux hommes et aux femmes également, car il concerne en fait les travailleurs en tant que parents –indépendamment du fait biologique de l'allaitement.

- 18 Voilà deux exemples qui attestent bien l'absence de nécessité de la lecture corporaliste de la maternité qui prévaut dans les arrêts de 2014 : la Cour n'a pas toujours réservé le bénéfice des protections liées à la maternité aux femmes ayant été enceintes ou accouché –ce qui n'était le cas ni de Sabine Mayr, ni de Pedro Manuel Roca Alvarez. Alors : deux poids, deux mesures ? Protection de la femme qui veut procréer, dût-elle en passer par l'AMP ? Protection de l'homme qui veut prendre un congé auprès de son enfant et revendique le partage du droit à congé auquel a droit sa compagne ? Mais pas de protection pour la femme qui devient mère suite à une convention de GPA ? Voici un argument qui vient au crédit de l'idée selon laquelle le paradigme du marché n'est pas moralement neutre : les libertés de circulation et l'application mécanique des catégories du droit de l'Union dépendent bien, en amont, d'options axiologiques...

## II – La maternité en droit de l'Union : protection du corps des femmes ou du rôle social de parent ?

- 19 Les interrogations qui précèdent mènent en fait à la question de savoir ce qui, fondamentalement, est protégé par les dispositions en cause ici : quelle est la lecture téléologique que propose le juge des directives 92/85 et 2006/54 ? En fait, la manière dont il rabat, comme on l'a vu, la notion juridique de maternité sur le corps des femmes aboutit à exclure une autre compréhension possible de la notion, qui renverrait au rôle social de mère –et potentiellement, de parent (A). Un tel éclairage permet d'éclairer un aspect particulier du second arrêt, relatif à la notion de non-discrimination (B).

### A – La maternité comme état corporel et sexué ou comme rôle social

- 20 On l'a vu, la Cour privilégie donc une compréhension corporalisée –et donc, sexuée– de la maternité. Là n'est pourtant pas la seule voie possible, loin de là. On aurait ainsi pu penser que le type de contentieux qui se présentait ainsi à Luxembourg serait propice à une appréhension sociale, statutaire de la maternité : au moment où ils s'interrogent sur l'économie et les objectifs de la directive, l'ensemble des acteurs ici concernés auraient pu faire place à l'idée de statut social maternel. Ne sont-ce pas les conditions sociales spécifiques de la maternité, plutôt qu'une « nature », qui fondent, fondamentalement, la protection que nos communautés politiques et systèmes juridiques accordent aux mères ? Non pas qu'il faille ici nier les dimensions physiques de la maternité. Mais l'intérêt de l'opération qui consiste à considérer que le but ultime de protections du type « *congé maternité* » est de protéger les mères *hic et nunc* est potentiellement double.

- 21 Il permet d'abord de mettre l'accent sur la dimension politique de l'opération qui consiste à déterminer les contours de la notion de « mère » ou de « travailleuse au sens de la directive 92/85 ». On peut en effet en ce sens considérer que plus que de savoir d'où proviennent les gamètes, qui a accouché, qui a porté l'enfant ou qui allaite, il importe de comprendre que les protections accordées aux mères le sont toujours et nécessairement dans et à cause d'un contexte socio-politique particulier. Ainsi, d'une certaine manière, tout comme, historiquement, « *ce n'est pas parce qu'elles avaient un utérus, des seins ou des menstruations que les femmes se sont vu dénier [leurs droits civils et politiques], mais parce qu'il était attendu d'elles qu'elles s'intéressent prioritairement à la vie domestique, à la sphère de l'intime* »<sup>49</sup>, on peut considérer que la valeur à protéger via le droit social n'est pas tant une valeur biologique (la maternité comme grossesse ou comme accouchement) qu'une valeur socio-politique (la maternité comme condition de régénération des communautés politiques).
- 22 Julianne Kokott<sup>50</sup> proposait en ce sens de manière extrêmement intéressante de considérer que « *le cercle des personnes défini à l'article 2 de la directive* » devrait être interprété « *non pas d'un point de vue biologique-moniste, mais au contraire fonctionnel* ». Elle invitait ainsi à penser une distinction entre la maternité comme rôle (vision qui concerne les mères et la société) et la maternité comme identité (vision qui ne concerne que les mères). Soulignons à nouveau que cette manière de faire n'est ni radicalement nouvelle ni intrinsèquement subversive ; et l'arrêt Pedro Manuel Roca Álvarez de 2010 précité en est la preuve, où la Cour s'appuie sur le *statut social* de parent travailleur pour raisonner et étendre le bénéfice du congé d'allaitement au père de l'enfant.
- 23 Est-ce à dire que le corps (la biologie, la génétique) n'a rien à voir dans tout cela ? Certes non – bien que la question ne soit pas simple. La lecture sociopolitique de la maternité que l'on propose ici de considérer comme une voie alternative au choix opéré par la Cour ne saurait être entendue comme détachée de ou négatrice de la dimension corporelle de la maternité ; et ce, pour des raisons tenant à la fois au hasard et à la nécessité.
- 24 La nécessité, c'est qu'à ce jour, aucun enfant n'a jamais été procréé sans l'implication d'un utérus et qu'à ce jour, le besoin d'un utérus se traduit immanquablement par le besoin d'un corps de femme. En ce sens, la maternité, même redéfinie comme notion sociopolitique demeure nécessairement dépendante d'une ressource corporelle exclusivement féminine.
- 25 Le hasard, ce sont les conditions contemporaines des (nouveaux) moyens de « *créer des familles* »<sup>51</sup>. Ceux-ci reposent sur la disponibilité nécessaire de gamètes (spermes et ovocytes) ainsi que, le cas échéant, sur celle de gestatrices. Or, naturellement, ce nouveaux besoins exercent une (nouvelle ?) pression ; et le risque, c'est l'invisibilisation de la source (honteuse, ou en tous cas problématique<sup>52</sup>) biologique des nouveaux moyens de créer des familles. A cet égard, il faut souligner un passage particulièrement intéressant et novateur de l'analyse proposée par Julianne Kokott : dans les paragraphes 71 et suivants de ses conclusions, elle propose le principe d'une répartition (d'un partage) du congé maternité entre la gestatrice et la mère commanditaire. Peu importe ici le détail de cette répartition (d'ailleurs, Julianne Kokott ne propose que des grandes lignes<sup>53</sup>) ; ce qui importe c'est le principe. Car le fait même de penser un possible partage a pour effet d'attirer dans le rayon d'action du droit de l'Union la mère commanditaire ; or ceci est extrêmement positif, dans la mesure où cela produit pour effet de corriger les effets d'invisibilisation causés par la globalisation de la gestation pour autrui. Car en effet, toutes les études convergent pour établir que tendanciellement, la gestation pour autrui

se globalise, pèse essentiellement sur les femmes du Sud dont les services sont contractés par des couples du Nord. Et c'est bien ce qui gêne, potentiellement, dans la configuration où une femme commanditaire ressortissante de l'Union européenne demande le bénéfice d'un congé maternité : car si on voit bien l'intérêt qu'il y a à penser la maternité comme fonction sociale qui devient la sienne de l'instant où elle a la charge d'un enfant (eut-il été porté et accouché par une autre), on peut également regretter l'invisibilisation de la gestatrice au passage, qui reste, elle, hors d'atteinte de ce type de protections. Le raisonnement proposé par l'avocate générale mérite donc d'être salué dans son effort de penser ici la question préjudicielle comme ayant trait non seulement aux droits reproductifs des femmes britannique et irlandaise nouvellement mères suite aux conventions de GPA qu'elles ont conclues, mais aussi à la justice reproductive qui exige que soit attrait dans la discussion la gestatrice.

## B – Malaise sur le droit de la non-discrimination

- 26 Dans l'affaire 363-12, la requérante se plaignait en outre d'une discrimination fondée sur le sexe prohibée notamment par la directive 2006/54. Elle aurait eu tort de se priver de chercher à emprunter cette voie, qui avait notamment, en 2008, été bien favorable à Sabine Mayr : la Cour avait en effet jugé que l'employée d'une boulangerie licenciée quelques jours après la fécondation *in vitro* devant donner lieu à la production d'embryons destinés à lui être implantés dans le cadre d'une PMA avait bien été victime d'une discrimination fondée sur le sexe : jugeant que, puisqu'elle n'était pas enceinte, elle ne pouvait revendiquer le bénéfice des dispositions de la directive 92/85 (§43), la Cour invoquait elle-même la directive 76/207 (§44) protégeant les travailleurs contre les discriminations. Elle parvenait ensuite à la conclusion que la directive protégeait les femmes contre le licenciement non seulement pendant le congé maternité, mais encore à travers toute la grossesse (§49) – de sorte qu'un licenciement en lien avec l'état de grossesse pouvait être lu comme une discrimination fondée sur le sexe (notamment en raison du fait que les traitements d'AMP en cause (ponction folliculaire...) ne concernent que les femmes.
- 27 Le raisonnement était-il transposable ici ? Pas de l'avis de la Cour. C'est notamment dans l'arrêt 363-12 qu'elle tranche réellement ce point, suivant l'avocat général Nils Wahl, qui juge que la discrimination dont se plaignait la requérante dans cette affaire n'avait pas tant trait au fait « *qu'elle soit (ou soit devenue) enceinte..., mais au fait qu'elle est la mère de l'enfant* ». Dans le premier cas, raisonne ici l'avocat général, il faudrait (en suivant la jurisprudence Mayr) convenir qu'il y a [eu] discrimination sur le fondement du sexe ; mais dans le second, expose-t-il, il convient de rechercher « *un élément de comparaison masculin* ». La conclusion s'impose alors d'elle-même : la requérante n'a pas été moins bien traitée qu'un homme placé dans la même situation, puisque le père d'un enfant né par GPA aurait été traité de manière comparable –et n'aurait pas davantage eu droit à un congé. Le seul étalon de référence qui pourrait être trouvé ici serait celui de la mère adoptive qui, comme la mère commanditaire, est mère et n'a pas accouché. Or si plusieurs législations nationales reconnaissent des congés d'adoption<sup>54</sup>, la directive n'impose pas leur existence, de sorte que la Cour ne saurait juger que la requérante est discriminée par rapport aux mères adoptives dont le droit de l'Union n'exige pas qu'elles jouissent des garanties en cause.

- 28 Ceci ne souffre de doute ; à un détail près. Dire que requérante est dans la même situation qu'un homme qui serait devenu père suite à une GPA revient à poser une équivalence, *hic et nunc*, entre maternité et paternité. On voit ici s'ouvrir l'une des difficultés contemporaines majeures tenant à la question de la mesure dans laquelle le droit doit (ou non) subvertir les normes de genre qui gouvernent le monde social. Car on peut bien, d'un côté, se réjouir de cette équivalence formelle ici posée par le juge entre maternité et paternité : si la mère commanditaire n'a pas droit à un congé, le père commanditaire n'y a pas droit non plus –et l'affaire est entendue. Mais on peut aussi, d'un autre côté, ré-interroger : de quoi le congé maternité est-il le nom ? Que cherche-t-on réellement à protéger ? Et si, comme on l'a suggéré *supra*, il vaut la peine de considérer que c'est largement une conception socio-politique de la maternité qui doit être protégée (la maternité comme rôle, fonction ou statut social), une autre question mérite d'être posée : dans quelle mesure la réalité sociale (qui voit les charges domestiques et parentales peser bien plus largement sur les mères que sur les pères) doit-elle être prise en compte ? Doit-elle mener à ce que, précisément, maternité et paternité (tous deux ici entendus dans leur dimension socio-politique) soit différenciés –notamment du point de vue des protections ou bénéfices auxquels ils ouvrent droit ? Ou alors –au contraire- une telle solution serait-elle dommageable en tant qu'elle perpétuerait des stéréotypes et assignerait aux unes et aux autres des rôles inégaux de genre ? On ne prétend pas ici détenir la réponse<sup>55</sup> ; il nous semble néanmoins que la question mérite d'être posée – et débattue.
- 29 CJUE, 18 mars 2014, Aff. C-167/12 C. D. / S.T. et Aff. C-363/12, Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School – Communiqué de presse

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## NOTES

1. On se permet de renvoyer à S. Hennette Vauchez, « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et Politique dans la détermination des contours de l'office du juge », in *L'union européenne: union de droit, union des droits, Mélanges offerts à Ph. Manin*, Pedone, 2010, pp. 775-794.
2. CJCE, 4 Oct. 1991, *Grogan v. Society for the Protection of Unborn Children*, C-159/90.
3. CJCE, 18 Mai 1982, *Adoui et Cornuaille v. Belgique*, C-155 et 116/81 ; CJCE, 2001, *Aldona Malgorzata Jany v. Staatssecretaris van Justitie*, C-268/99.
4. CJCE, 26 Fév. 2008, *Sabine Mayr v. Bäckerei*, C-506/06.
5. CJUE, 18 nov. 2011, *Brüstle v. Greenpeace*, C-34/10
6. CJUE, 14 mars 2014, *CD v. ST*, C-167/12 ; et CJUE, 14 mars 2014, *Z. v. A Government Department*, C-363/12.

7. Voir l'article précurseur de Jean-Sylvestre Bergé, «Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie », *RTDE*, 2002, n°4, pp. 627-652 » ; et à sa suite : Stéphanie Hennette Vauchez, « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine. Enjeux et perspectives », *RTDE*, 2009, n°1, p. 21 ; et « EU Law and Biomedicine: Unlikely Encounters », *Legal Issues of European Integration*, 2011, vol. 38-1, pp. 5-31
8. Catherine Waldby, Robert Mitchell, *Tissue Economies: Blood, Organs and Cell Lines in Late Capitalism*, Duke University Press, 2006.
9. Le droit des patients à circuler pour obtenir des services médicaux est reconnu, et s'accompagne même en principe du droit d'obtenir, dans son pays de résidence, le remboursement de frais médicaux encourus dans un autre Etat membre. De manière générale, la question des soins transfrontaliers est désormais gouvernée par la directive 2011/24/UE du 9 mars 2011. Sur l'ensemble : Hilko Meyer, « Current Legislation on Cross Border Health Care in the EU », in I. Glenn Cohen, *The Globalization of Health Care. Legal and Ethical Issues*, Oxford University Press, 2013, p. 83.
10. Floris de Witte, « Sex, Drugs and EU Law : The recognition of ethical and moral diversity in Europe », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 6, pp. 1545-1578.
11. Bronwen Morgan ed., *The intersection between rights and regulation. New approaches in socio-legal scholarship*, Ashgate, 2007.
12. CJUE, C-167/12, §37: « Il découle de ce qui précède que l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'article 8 de la directive 92/85 suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant ».
13. Catherine Waldby, Robert Mitchell, *Tissue Economies: Cells, Blood, Organs in Late Capitalism*, op. cit..
14. Clairement, le paradigme des libertés de circulation est particulièrement propice à la globalisation du tourisme médical ; en ce sens, voir Eris Blyth, Abigail Farrand, « Reproductive Tourism – A Price Worth Paying for Reproductive Autonomy », *Critical Social Policy*, 2005, vol. 25, p. 96.
15. Jean Hauser, « Gestation pour autrui : le droit social est il finalement plus important que le droit civil, ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTDCiv.*, 2013, p. 828.
16. «Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».
17. Voir ainsi, dans l'arrêt *Grogan*, les §§ 19-20 : « La SPUC soutient cependant que l'interruption médicale de grossesse ne saurait être considérée comme un service au motif qu'elle serait gravement immorale et qu'elle impliquerait la destruction de la vie d'un tiers, à savoir l'enfant à naître. Quelle que soit la valeur de tels arguments du point de vue moral, il y a lieu de considérer qu'ils ne peuvent avoir d'influence sur la réponse à la première question posée. En effet, il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle du législateur des États membres où les activités en cause sont légalement pratiquées ».
18. CJUE, 18 oct. 2011, *Brüstle v. Greenpeace*, C-34/10.
19. On ne peut développer ce point ici, mais il va de soi que l'abstention éthique revendiquée est en fait l'abstention d'une certaine éthique ; mais peut aussi être lue, en retour, comme l'endossement des valeurs du marché.
20. Ceci se donne à voir, de manière emblématique, dans les protocoles demandés et obtenus par l'Irlande et Malte, au traité de Maastricht et au traité d'accession de 2003 respectivement,

destinés à garantir que quelle que soit l'étendue du processus d'intégration européenne, il ne saurait en venir à remettre en cause les législations nationales relatives à l'avortement (v. Tamara Hervey, Jean McHale, *Health Law in the EU*, Cambridge University Press, p. 401-02.). Il faut insister sur le fait que les questions de bioéthique en général (et, parmi elles, les questions liées à la sexualité et à la reproduction en particulier), illustrent les limites de l'internationalisation du droit et la permanence de la pertinence de l'échelon étatique de régulation. Pour une belle étude en ce sens qui établit l'insensibilité du régime irlandais de l'avortement à la double influence de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, voir REF. Ce point est intéressant parce qu'il illustre le parallèle qui peut être établi entre, d'une part, la sphère domestique du privé dans laquelle les femmes ont généralement été cantonnées et d'autre part, le positionnement du droit « interne » -national- par rapport au droit international d'autre part (Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law : A Feminist Analysis*, Manchester University Press, 2007).

21. Sans compter qu'en toute hypothèse, pendant que l'on cherche à s'accorder sur ces derniers (à supposer que cela soit possible, ce qui est loin d'être certain), il y a de vraies personnes qui conçoivent, de vrais enfants qui naissent et grandissent, sans attendre que soient réglées les questions de filiation, certificat de nationalité ou congés parentaux. En ce sens : Debora Spar, *The Baby Business. How Money, Science and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business Review Press, 2006, p. xv.

22. Muriel Fabre-Magnan, *La Gestation Pour Autrui. Fictions et Réalité*, Fayard, 2013, p. 108 : « Le droit a en charge l'intérêt général et il ne peut encourager des pratiques illicites en approuvant et régularisant *a posteriori* ceux qui auront transgressé l'interdit pour mettre les autorités devant le fait accompli ».

23. Depuis l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991, voir les trois arrêts du 6 avril 2011 et les deux arrêts du 13 septembre 2013.

24. La GPA bénéficie d'un cadre légal depuis le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985. Aujourd'hui, la loi HFEA de 2008 précise que la femme accouchée est juridiquement la mère de l'enfant, mais que (art. 54) les parents commanditaires peuvent solliciter par voie d'ordonnance (*parental order*) les reconnaissant comme parents si (i) l'enfant a été conçu avec les gamètes d'au moins un des deux membres du couple (ii) que les demandeurs vivent effectivement en couple (iii) qu'ils fassent la demande dans les six mois suivant la naissance et (iv) la gestatrice donne son accord à la demande.

25. Michelle Goodwin dir., *Baby Markets: Money and the New Politics of Creating Families*, Cambridge University Press, 2010.

26. Cette notion mérite assurément approfondissement. On se permet ici de renvoyer au développement de réflexions sur ce point au sein du groupe REGINE (regine@u-paris10.fr) sous la responsabilité de Diane Roman que je remercie d'avoir pris le temps de relire une version antérieure du présent travail, et d'avoir attiré mon attention sur la question (ignorée par la Cour) de la vulnérabilité de l'enfant.

27. Judith Sandor, « Reproduction, Self and State », *Social Research*, 2002, vol. 69, n°1, p. 121: "protection should be supportive, not coercive".

28. Elisabeth Badinter, *L'Amour en plus. Une histoire de l'amour maternel, XVII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup>*, Flammarion, 1980.

29. Marc Pichard, Amélie Dionisi-Peyrusse, "Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in REGINE, *Droit et Genre, Etudes critiques de droit français*, Ed. du CNRS, 2014 à paraître.

30. Voir notamment §47 des conclusions : « il et vrai... s'agissant de l'interprétation de la finalité du congé maternité en vertu de la directive 92/85, que la Cour attache également de l'importance à la relation spéciale qui se développe après l'accouchement entre la femme et son enfant. Cependant, je crois que cet objectif ne peut être compris que dans son contexte : c'est-à-dire comme un corollaire logique de

l'accouchement (et de l'allaitement). Autrement, si l'on attribuait à cet objectif une importance autonome, la portée de la protection conférée par l'article 8 de la directive ne pourrait pas, selon moi, être limitée de manière justifiée aux seules femmes ayant accouché, mais couvrirait nécessairement aussi les mères adoptives ou même tout autre parent s'occupant à plein temps de son enfant nouveau né ».

31. Julianne Kokott proposait d'ailleurs que le bénéfice des dispositions relatives au congé maternité puisse être étendu à la mère commanditaire allaitante mais aussi non allaitante.

32. Expression empruntée à Florence Bellivier : « *De la nature humaine à l'identité génétique : nature et artifice dans les lois dites de bioéthique* », Dossier co-rédigé avec Laurence Brunet, *Espaces et sociétés*, 1999, n° 99, pp. 43-68.

33. Pour paraphraser, avec une légère altération, le titre de l'ouvrage de Joan Scott : *Only Paradoxes To Offer : French Feminists and the Rights of Man*, Harvard University Press, 1997.

34. CEDH, GC, 4 Déc. 2007, *Dickson v. Royaume Uni*.

35. Dorothy Roberts, *Killing the Black Body. Reproduction, Race and the Meaning of Liberty*, Pantheon Books, 1997, p. 253 (nous traduisons).

36. Zakiya Luna, Kristin Luker, « Reproductive Justice », *Annual Review of Law and the Social Sciences*, 2013, vol. 9, p. 327; Joan Chrisler, ed., *Reproductive justice: a global concern*, Praeger, 2012.

37. De manière intéressante, le cantonnement tendanciel de l'AMP dans un cadre de pensée médical contraint les argumentaires – y compris ceux qui sont favorables à l'extension de l'accès à l'AMP. Ainsi, la situation des couples de même sexe est présentée par certains auteurs comme une situation d'infertilité 'sociale' ou 'culturelle'. Voir Judith Daar, « Accessing ARTs : Invisible Barriers, Indelible Harms », *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2008, vol. 23, p. 18, p. 24 : « *Structural infertility occurs when an individual or couple desires to reproduce but must do so through means other than sexual intercourse because of the social structure in which they self-identify. Single individuals and same-sex couples provide examples of structural infertility. If they wish to reproduce and rear children within their existing social milieu, they lack the necessary structures to achieve biological parenthood on their own. Thus, they must access assistance in order to conceive and carry a child to term* ») ou Naomi Cahn, *Test Tube Babies, Why the Fertility Market Needs Legal Regulation*, New York University Press, 2009, p. 135 (« inability to become pregnant because of cost or discrimination or social attitude »).

38. En France, la Sécurité Sociale accepte la prise en charge total des coûts générés par quatre cycles de FIV; la naissance d'un enfant réouvre un droit à quatre nouveaux cycles pour les couples désireux d'avoir un autre enfant. En 2009, ceci a représenté près de 900 millions d'euros pour le budget de la Sécurité sociale. En Belgique, 6 cycles de FIV peuvent être pris en charge par la sécurité sociale au cours de la vie du patient – sachant que les femmes ne sont prises en charge que jusqu'à l'âge de 43 ans.

39. Elle était privée d'utérus.

40. §76 de l'arrêt : « *Limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales, ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs* ».

41. Art. 311-19 Code Civil : « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur* ».

42. Art. L. 1211-5 CSP : « *Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique* ». Et voir aussi : CE, avis, juin 2013, M. M., n°362981.

43. Il en va bien différemment, par hypothèse, dans les ordres juridiques où la GPA est légale. Ceux ci entérinent, précisément, la dissociation entre grossesse et accouchement (la dimension physiologique de la procréation) et parentalité. Que ce soit d'emblée (sur le certificat de



naissance) ou ultérieurement (suite à une décision judiciaire), seuls les membres du couple commanditaire sont les « parents juridiques » de l'enfant ; la gestatrice disparaît.

44. Dans l'affaire 363-12, l'enfant conçu l'a été avec les gamètes du couple commanditaire (sperme / ovocytes) ; porté par une gestatrice, il était bien pourtant le « produit » génétique du père et de la mère commanditaires. Mais rien ici qui ne fasse ployer l'exigence de la Cour qu'il y ait eu grossesse et accouchement pour que la directive trouve à s'appliquer ; ce que le droit de l'Union protège alors, c'est le corps de la femme enceinte.

45. Sur ce modèle du « pas vu, pas pris », voir Irène Théry, *Des humains comme les autres, Bioéthique, Anonymat et Genre du Don*, Ed. de l'EHESS, 2010.

46. Voir note Florence Bellivier, Christine Noiville, *Revue des contrats*, 2009, n°3, p. 1225.

47. CJUE, 30 sept. 2010, Pedro Manuel Roca Álvarez, C-104/09, §36 : « le fait de considérer, ainsi que le soutient le gouvernement espagnol, que seule la mère ayant le statut de travailleur salarié serait titulaire du droit de bénéficier du congé en cause au principal alors que le père ayant le même statut ne pourrait que jouir de ce droit sans en être le titulaire est plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale ». Je remercie ma collègue Myriam Benlolo Carabot de m'avoir fait connaître cet arrêt.

48. §28 de l'arrêt.

49. Stéphanie Hennette Vauchez, Marc Pichard, Diane Roman, « Introduction générale », in REGINE, *Droit et Genre. Etudes critiques de droit français*, Ed. du CNRS, 2014, à paraître.

50. L'avocate générale qui, non suivie par la Cour, proposait de considérer que la mère commanditaire allaitante pouvait se voir reconnaître comme « travailleuse » au sens de la directive, plaideait d'ailleurs semblablement pour une lecture très physique / physiologique de l'allaitement (voir §44 : « la situation de la mère commanditaire allaitante est cependant bel et bien comparable à celle de la mère biologique allaitante. Il existe dans les deux cas des risques pour la santé, notamment en cas d'exposition professionnelle à des produits chimiques ou dans le cadre de certaines conditions de travail. Il y a en outre dans les deux cas des contraintes de temps particulières liées aux soins à donner à l'enfant »). Elle voyait en outre, dans cette dimension physiologique de l'allaitement, le creuset du bon développement de « la relation spéciale entre la mère et l'enfant durant la période suivant la grossesse et l'accouchement » - d'autant plus important, d'ailleurs, dans le cas de la mère commanditaire qu'elle n'a, précisément, pas été enceinte et est donc « confrontée au défi de tisser un lien avec cet enfant, de l'intégrer dans la famille et de se familiariser avec son rôle de mère » (§46 des conclusions).

51. Voir M. Goodwin dir., *Baby Markets. Money and the New Politics of Creating Families*, Cambridge University Press, 2010.

52. Sur l'invisibilisation, Stéphanie Hennette Vauchez, « Bioéthique et Genre. Cadrage théorique, enjeux européens », in Anne-Françoise Zattara Gros, *Bioéthique et Genre*, LGDJ, 2013 ; pour un parallèle avec la pratique de la greffe d'organes, et la manière dont silence et opacité entourent les conditions du prélèvement des organes greffés, voir Margaret Lock, « Death in technological times : Locating the End of Meaningful Life », *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 10, no 4, p. 575-600.

53. §75 des conclusions : « Les objectifs de la directive 92/85 et son économie ne permettent certes pas de déduire dans le détail dans quelle proportion chaque femme a droit au congé, en particulier si le congé de maternité est divisé à parts égales entre elles et comment il convient de procéder si elles ne peuvent pas parvenir à un accord sur le sujet, mais cette directive permet de conclure quant aux paramètres à prendre en compte. La répartition du congé de maternité doit en effet et en tout état de cause tenir compte des intérêts protégés cités par ladite directive. Il y a lieu de s'appuyer de manière déterminante, avant la naissance, sur la protection de la femme enceinte et après la naissance sur la protection de la femme accouchée et l'intérêt de l'enfant. Une éventuelle répartition concertée du congé de maternité qui ne doit surtout pas se faire au

détriment de l'intérêt de l'enfant doit tenir compte de ces intérêts. Puisque, d'une manière générale, l'article 8 de la directive 92/85 renvoie aux dispositions nationales pour la réglementation dans le détail du congé de maternité, il semble logique de recourir, au demeurant, aux principes qui les sous-tendent. On pourrait éventuellement penser à une application par analogie des règles relatives aux créanciers solidaires ».

54. Voir en France : art. L. 1225-37s du Code du travail

On invite à lire sur ce point : Julie Suk, « Are Gender Stereotypes Bad For Women ? Rethinking Antidiscrimination law and Work Family Conflict », *Columbia Law Review*, 2010, vol. 111, n°1, p. 1, partiellement traduit in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013 ; et dans le même volume : Diane Roman, « Stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? ».

55.

---

## RÉSUMÉS

Dans deux arrêts du 18 mars 2014, la CJUE décide que la femme qui devient (légalement) mère suite à une convention de gestation pour autrui ne peut invoquer le bénéfice des dispositions européennes relatives au congé maternité, au motif que celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'aux travailleuses ayant été enceintes ou accouché (I). Ce faisant, la Cour construit une notion fortement corporalisée de la maternité, qui paraît problématique à la fois au regard de sa dépendance à la notion de vulnérabilité (A) et au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour (B). Plus avant, cette manière qu'a la Cour de rabattre la maternité sur le corps des femmes mène à s'interroger sur la valeur que les ordres juridiques cherchent, fondamentalement, à protéger lorsqu'ils instituent de tels congés (II) : est-ce le corps des femmes, ou le rôle social de parent (A) ? De la réponse à cette question dépend, en outre, la réponse à la question de savoir si et comment le congé maternité discrimine (B).

## AUTEUR

STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ

Professeure de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense - CREDOF